

Aperçu général de la loi américaine sur le franchising

par Me Olivier GAST
Avocat à la cour de Paris

INTRODUCTION

L'annuaire de la franchise, publié par le C. E. C. O. D. (Centre d'étude du commerce et de la distribution), recense grosso modo 400 franchiseurs en France.

Comme les Etats-Unis, il y a vingt ans, la France connait à son tour le « franchise boom ».

L'essort actuel de la technique du *franchising* est considérable. Il s'agit d'un phénomène de société, d'une transformation du commerce moderne qui paraît irréversible.

L'état du droit français en la matière est « désertique » (1).

En effet, pour combler ce vide juridique, le praticien ou le magistrat est obligé d'appliquer les principes généraux du code civil, et plus précisément la théorie générale des obligations.

La jurisprudence, de son côté, a pu donner une définition de la franchise (2), mais elle n'en est encore qu'à ses débuts, et aucun courant bien précis ne peut encore valablement éclairer la doctrine.

Certaines propositions de loi ont vu le jour : la proposition Turco, la proposition Glon et Couste, la proposition Ansquer et la proposition Boileau. En Belgique il existe une proposition de loi appelée : « J.-B. Delaye » (3).

Mais ces propositions n'apportent aucun élément de solution sérieux.

Il nous a paru essentiel d'éclairer le juriste français sur la loi américaine dite : *full disclosure*, qui a porté réglementation sur le *franchising* (Cette loi est la première au monde).

Cette loi américaine est d'autant plus importante, par son influence tout d'abord qu'elle ne manquera pas d'exercer sur tous les pays de la C. E. E., et par le besoin de protection du candidat franchisé, facilement « bernable », par des franchiseurs incompétents suite, précisément, à ce brusque engouement pour le *franchising*.

(1) O. GAST, « Le Droit de la franchise aujourd'hui », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, 1981.
(2) Cour d'appel de Paris, 28 av. 1978.
(3) O. GAST, « La franchise en Belgique », *Franchise magazine*, n° 7.

Dans la franchise, le danger actuel réside surtout à cause de gens incompétents, qui croient avoir eu une bonne idée, qui l'ont testée pendant un ou deux mois (ce qui est insuffisant) (4) et qui, tout de suite, vendent une formule « bidon » 50 000 F : par le système du droit d'entrée.

La loi américaine est une loi préventive qui oblige le franchiseur qui s'apprête au recrutement, à dévoiler toutes les informations propres à permettre à un candidat franchisé d'exercer son choix en toute connaissance de cause et en toute liberté.

C'est en 1978, que fut votée aux Etats-Unis une loi officiellement nommée : *franchising and business opportunity ventures trades regulations rule*, plus connue sous le nom de *full disclosure rule*.

La F. T. C. (*Federal Trade Commission*) publia, le 26 juillet 1979, les directives finales d'interprétation de cette loi.

Ces directives finales, largement interprétatives et explicatives du texte de loi, sont partie intégrante du droit positif applicable aux Etats-Unis et doivent être respectées par les franchiseurs américains.

La date d'entrée en vigueur aux Etats-Unis de cette *full disclosure law* est le 21 octobre 1979.

Nous exposerons, dans cet article, les dispositions de la loi définissant :

a) le champ d'application de la loi ;

b) les obligations d'information ;

c) le moment de la divulgation ;

d) les sanctions du non-respect de la loi.

I

CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI.

Objet de la loi.

La *full disclosure*, d'une façon générale, vise les problèmes que peut soulever l'acquisition d'une franchise, sans que le franchisé ait eu, au préalable, une information complète à son sujet.

Pour tenter d'éviter ce genre de situation, la loi impose au franchiseur ou au courtier en franchise, que soient fournies au candidat franchisé des informations sur le franchiseur, sur la nature de son entreprise et sur les termes du contrat de franchise, dans un document prévu à cet effet : le document d'information de base (le *basic disclosure document*) ultérieurement appelé « dossier d'information ».

Une information supplémentaire devra être fournie en cas de besoin, sur les gains effectifs ou potentiels dans un dossier financier (le *earnings claim document*).

Copies des contrats de franchise envisagés doivent également être fournies. Toute information doit être divulguée dans les délais prévus à cet effet, avant le recrutement effectif.

(4) O. Gast, « La règle des Trois-deux », *Franchise magazine*, n° 5.

La loi impose la divulgation de tous les faits importants.

La loi définit, sous l'appellation de « franchise », deux types de relations commerciales continues : les franchises de produits et services et, d'autre part, les contrats assimilés. Les éléments spécifiques de chacune de ces catégories sont décrits ci-dessous. L'appellation donnée par les parties en cause, à leurs relations réciproques, ne constituent pas un facteur déterminant de l'appartenance de ces relations à une des catégories visées par la loi. Ainsi, une relation dénommée « franchise » par les parties ne sera pas soumise à la loi si elle ne répond pas aux critères qui définissent la relation de franchise, dans les termes mêmes de la loi. Dans ce même esprit, un accord dit « de distribution » sera soumis à la loi, malgré son appellation, si les éléments qui le constituent se trouvent être ceux énoncés par la loi, dans sa définition des éléments constitutifs d'une franchise.

Par ailleurs, entrent dans le champ d'application de la loi des rapports économiques qui, par voie orale ou écrite, présenteraient les caractères de la franchise, telle que définie par la loi, et cela indépendamment du sort effectif de ces rapports.

A. — *Franchise de produits et services*

Dans une franchise dite « franchise de service », le franchisé se conforme à un modèle établi par le franchiseur et adopte la marque de fabrique de ce dernier. La méthode opérationnelle suivie par le franchisé, pour la production des marchandises ou des prestations vendues par lui, doit faire l'objet de contrôles sérieux par le franchiseur, ou, alternativement, ce dernier doit s'engager à pourvoir le franchisé d'une assistance importante pendant la durée de l'opération réalisée. Le franchisé doit payer une certaine somme d'argent au franchiseur. Parmi les exemples de franchise dites de « services », on peut citer les produits alimentaires de consommation rapide, dits *fast food* (hamburgers, poulets frits, etc.), les produits ou services touchant l'automobile (lavages de voitures, centres de transmission, tests anti-rouille, pots d'échappement, etc.), et les prestations en matière de gestion (assistance en matière fiscale, en matière de comptabilité, etc.) (5).

Dans une franchise dite « franchise de produits » ou « de distribution », le franchisé distribue des produits fabriqués par le franchiseur (ou sous son contrôle ou sa direction) et portant sa marque de fabrique. Le franchiseur exerce un contrôle important sur la méthode opérationnelle suivie par le franchisé ou, alternativement, promet de procurer à ce dernier une assistance importante dans sa méthode opérationnelle. Le franchisé doit payer au franchiseur un droit pour la vente des produits portant sa marque de fabrique, soit par le biais d'achats d'équipements, de fournitures, etc., soit en versant un droit d'entrée au franchiseur.

Ainsi, les trois éléments communs aux franchises dites « franchises de services » et « franchises de produits ou de distribution », visées par la loi, sont :

(5) Il existe aux U. S. A. des franchises en conseils fiscaux et juridiques. Il paraît, à l'heure actuelle, bien difficile de transposer en France l'équivalent sous forme de franchise.

i) la distribution de marchandises ou de prestations, identifiées par la marque de fabrique du franchiseur ;

ii) un contrôle ou une assistance importante, de la part du franchiseur, concernant la méthode opérationnelle suivie par le franchisé ;

iii) l'obligation de paiement d'une redevance d'une somme d'argent par le franchisé au franchiseur.

L'interprétation de ces trois éléments sera décrite avec plus de précisions dans les trois sous-sections ci-dessous.

1° Marque commerciale

Cet élément n'est présent que lorsqu'il est donné au franchisé le droit de distribuer des produits ou des prestations portant la marque commerciale ou la raison commerciale, ou le sigle publicitaire, ou tout autre symbole propre au franchiseur (la marque).

Les cas les plus fréquents sont ceux dans lesquels le franchisé identifie les produits ou les prestations distribués par lui, par la marque du franchiseur, ou lorsque le franchisé doit se conformer à des normes qualitatives établies par le franchiseur, pour les produits ou prestations distribués, et lorsque le franchisé travaille sous un nom qui inclue tout ou partie de la marque du franchiseur.

La Commission n'entend pas inclure dans les franchises de produits ou de services les relations commerciales où n'entrerait en jeu aucune marque. Si l'utilisation d'une marque n'est pas nécessaire à la conclusion d'un accord commercial, le fournisseur, pour éviter l'application de la loi, peut interdire, dans le cadre de cet accord, l'usage de sa marque par le distributeur.

2° Contrôles ou assistance dits « importants » ou « déterminants ».

Le terme de « déterminant » est associé au degré de dépendance du franchisé à l'égard du franchiseur, dû à la supériorité technique de ce dernier, et à la mesure dans laquelle le franchiseur fait bénéficier le franchisé de cette supériorité en vertu de leur collaboration. Le franchisé, dans le but de réduire ses risques d'erreur et de favoriser ses chances de succès, compte sur la mise à disposition de l'expérience du franchiseur. Le franchiseur met son expérience à la disposition du franchisé. Le franchiseur exerce un contrôle sur le franchisé pour surveiller la bonne application par ce dernier de la méthode originale. Le franchiseur peut aussi procurer au franchisé une assistance dans les domaines propres à la formule opérationnelle utilisée par lui. Si, dans le cadre de la méthode opérationnelle mise en œuvre par le franchisé, les contrôles exercés ou l'assistance pourvue par le franchiseur sont « importants », on peut alors considérer que cette seconde condition, requise par la loi, est réalisée.

Parmi les types de contrôle importants exercés par le franchiseur sur la méthode opérationnelle du franchisé, sont considérés comme déterminants ceux qui impliquent :

a) l'approbation relative au choix des lieux pour les affaires non encore implantées ;

b) les critères auxquels doivent se conformer le tracé et l'apparence générale de ces lieux ;

c) les horaires d'ouverture ;

d) les techniques de production ;

e) les pratiques en matière de comptabilité ;

f) la politique adoptée à l'égard du personnel employé ;

g) les campagnes promotionnelles auxquelles le franchisé participe personnellement ou bien contribue financièrement ;

h) les restrictions imposées quant au choix des clientèles ;

i) les restrictions qui délimitent les secteurs de ventes ou de location.

Parmi les types de promesses d'assistance « déterminantes » que le franchiseur s'engage à procurer au franchisé pour la mise en œuvre de la formule opérationnelle de ce dernier, on distingue :

a) les programmes de formation à la vente, aux méthodes de service après vente ou à l'exercice de l'activité entreprise ;

b) l'élaboration des systèmes comptables ;

c) un rôle de conseil pour la gestion, le personnel ou le marketing ;

d) la sélection des locaux de l'entreprise ;

e) l'attribution d'un manuel d'instructions, ou « bible », détaillé.

La présence de l'un ou l'autre des facteurs ci-dessus énumérés suggère l'existence d'un contrôle « déterminant » ou d'une assistance « déterminante ». Il convient d'y ajouter d'autres facteurs qui, à un degré moindre, seront pris en considération lors de l'évaluation de l'importance d'un contrôle ou d'une assistance dans le cadre d'une relation :

a) l'aptitude du franchisé à traiter le produit — service ou réparation — (sauf s'il s'agit d'un travail sous garantie) ;

b) les contrôles de stocks ;

c) la présentation des marchandises ;

d) l'assistance « sur le tas » lors d'une vente ou d'un service après vente.

Par contre, les facteurs suivants ne seront pas considérés par la Commission comme déterminants dans son évaluation de l'importance d'un contrôle ou d'une assistance :

a) les contrôles de marques destinés uniquement à sauvegarder les droits de propriété légaux des détenteurs de ces marques, en vertu des lois fédérales relatives aux marques (autorisant l'inspection et l'exhibition des produits à cet effet) ;

b) les mesures restrictives d'hygiène et de sécurité imposées par des lois locales ou fédérales ;

c) les accords entre détaillants et fabricants de cachets commerciaux pour la distribution de cachets commerciaux en rapport avec la vente au détail de marchandises ou de prestations ;

d) les accords entre organisations de crédit interbancaire et les détaillants ou banques-membres participant à l'approvisionnement des cartes de crédit et des services de crédit ;

e) et l'assistance procurée aux distributeurs pour faciliter le financement de leurs transactions.

Par ailleurs, la Commission ne considèrera pas l'assistance procurée par un fournisseur à un franchisé lors des activités promotionnelles entreprises par ce dernier, comme « déterminante » si elle n'est pas accompagnée par d'autres formes d'assistance, comme, par exemple, l'apport par le fournisseur de matériels publicitaires, équipements, échantillons et autres articles promotionnels destinés à aider le distributeur dans la réalisation de ses ventes. Cette assistance pourrait également consister en une intervention par la voie des mass média, soit à l'initiative du franchiseur, soit avec la participation du franchisé.

La Commission reconnaît qu'il existe une relation entre le terme « déterminant » et le degré de dépendance du franchisé à l'égard du franchiseur, dans la mesure où le franchisé doit compter sur les contrôles ou l'assistance du franchiseur. Il est évident que cette dépendance sera plus grande si le franchisé est relativement inexpérimenté dans la branche d'activité que représente le franchiseur, ou lorsque le risque financier assumé par le franchisé est, relativement à l'ensemble de ses affaires, plus important (par exemple, la création d'une nouvelle ligne de produits qui entraînerait l'espérance d'un gros profit par rapport au volume actuel de l'ensemble de ses revenus) ; ou bien si les contrôles exercés et l'assistance promise sont particuliers à un franchiseur et sont différents des pratiques courantes appliquées dans le même type d'activités.

De plus, il doit être souligné que, pour être jugés « déterminants », les contrôles exercés ou l'assistance prodiguée doivent s'appliquer à l'ensemble de la méthode opérationnelle du franchisé et non pas à celle utilisée pour la vente d'un ou plusieurs de ses produits particuliers qui ne représenteraient qu'une petite partie de son activité.

3° Exigence d'un paiement.

Il doit être demandé au franchisé le paiement, au franchiseur — ou à son représentant — d'une somme d'argent d'au moins 500 dollars en guise de droit d'entrée ou de mise en œuvre de l'opération de franchise. Ce paiement doit intervenir, soit avant, soit pendant la période de six mois suivant le début de l'opération.

Sous le titre de « paiements exigés », la Commission regroupe toutes les sources de revenus que le franchiseur — ou son affilié — est en droit d'attendre du franchisé, en échange de son droit de collaboration avec le franchiseur et d'exploitation des produits ou prestations de ce dernier. Souvent, les paiements exigés ne se limitent pas à un simple droit d'entrée : ils comprennent en effet d'autres formes de paiements dûs au franchiseur — ou à son affilié — par le franchisé, paiement prévu soit au contrat, soit dû à une nécessité pratique. Parmi les formes de paiements exigés, on peut citer le droit d'entrée, les frais de location, d'assistance publicitaire, le paiement d'équipements et de fournitures, les commissions octroyées par de tierces parties à la suite d'achats effectués auprès de celles-ci par le franchisé, les frais de stage, les cautions de garantie, les charges comptables non remboursables, la documentation publicitaire, les paiements faits pour les services de personnes devant être installées dans

l'affaire, la location d'équipements et les redevances continues perçues sur les ventes ou royalties.

Les paiements peuvent être exigibles, soit par contrat, soit par nécessité pratique. Les paiements exigibles par voie de contrat portent sur les frais exigibles au titre du contrat de franchise et, également, sur les frais exigibles au titre de contrats accessoires tels que le crédit-bail immobilier, etc... Les paiements exigibles par nécessité pratique portent, entre autres, sur l'achat d'équipements dont le franchiseur — ou son affilié — est lui-même, en fait, le fournisseur.

Le problème s'est posé de savoir si rentraient dans la catégorie des paiements exigés, les achats de stocks faits à un prix de gros véritablement de bonne foi. La Commission reconnaît qu'il est, en pratique, virtuellement impossible de tracer une ligne nette entre le stock de départ qui est acheté véritablement au choix du franchisé et celui qui est acheté, ou plus exactement imposé en pratique contractuellement au franchisé. La Commission précise donc que les paiements exigés recouvrent toutes sources de revenus de franchise, même cachées, ce qui ne comprendra pas les paiements faits par toute personne à un prix de gros de véritable bonne foi pour un montant raisonnable de marchandises qui seront utilisées pour être revendues. La Commission estime que constituent des montants raisonnables ceux qui ne sont pas excessifs par rapport à ceux achetés par un homme d'affaires raisonnable et ordinaire, pour démarrer son stock ou le maintenir.

Les relations entre agents indépendants, indemnisés au moyen de commissions, pour la vente de marchandises ou de prestations (par exemple l'agent d'assurances) ne sont pas concernées par cette rubrique puisqu'il n'y a pas, dans ce cas, de paiements exigés.

B. — *Contrats assimilés à la franchise*

Les associations d'intérêts visées par la loi et assimilées à la franchise doivent présenter chacune les trois caractéristiques suivantes :

a) le franchisé vend des marchandises ou des prestations fournies par le franchiseur — ou son affilié — ou par des fournisseurs imposés ou agréés par le franchiseur ;

b) le franchiseur propose des débouchés, soit pour la vente au détail de certains articles ou services, soit pour la mise en place de dispositifs de vente tels que : appareils distributeurs, ou bien désigne une personne intermédiaire qui assumera ces différentes initiatives ;

c) le franchisé doit payer un droit d'entrée au franchiseur.

Les types les plus courants de ce genre d'associations dites *business opportunity ventures* (associations d'intérêts assimilées au contrat de franchise) sont les accords de distribution, les accords de courtage et ceux portant sur la mise en place de dispositifs de vente tels que les appareils distributeurs. Dans ces associations, le franchiseur passe un accord avec le franchisé en vertu duquel ce dernier s'engage à distribuer certains articles ou prestations — généralement ceux d'une tierce partie connue sur le marché (films, jus de fruit, culottes, collants, etc.) —, en passant par l'intermédiaire du franchiseur qui

propose un fournisseur, se charge de la mise en place de dispositifs de vente aux endroits appropriés, ou bien, dans certains cas, désigne une personne qui en assumera la responsabilité à sa place. Par exemple, le franchiseur s'engagera à rechercher dix stations d'essence qui serviront de points de vente à certains articles de détail tels que : accessoires automobiles (filtres à air, etc.), ou bien à placer les appareils distributeurs dans dix endroits appropriés. Dans une telle association, le franchisé doit avoir une participation financière justifiant de son droit de partenaire dans l'affaire proposée par le franchiseur. Cette participation peut se faire sous la forme d'une somme versée, ou bien par le biais d'achat d'équipements ou marchandises (appareils distributeurs, par exemple). La Commission considère que la plupart de ces associations entrent dans le cadre des dispositions de la loi.

C. — *Exemptions et exclusions*

Une relation de franchise, telle que définie par la loi, peut cependant être, dans certains cas, soit exemptée, soit exclue du cadre des dispositions de cette loi. La loi exempte les franchises partielles, les locations, les investissements minimaux et les accords purement verbaux. Elle exclut les relations employeur-employé et celles qui concernent les actionnaires d'une entreprise générale ainsi que les relations issues de l'appartenance à une coopérative de détaillants, les accords pour la délivrance de certificats ou la passage de tests et enfin les relations qu'implique l'accord de licence simple.

Ces différentes conditions sont décrites ci-dessous :

1° Franchises partielles.

Lorsqu'un distributeur, déjà établi, ajoute à sa gamme de produits courants une ligne de produits franchisés, il s'agit d'une franchise partielle.

L'exemption, au titre de la franchise partielle intervient si deux conditions sont remplies :

Première condition : le franchisé ou l'un de ses directeurs ou responsables, doit pouvoir justifier de plus de deux années d'expérience, à n'importe quelle époque, dans la branche d'activité concernée par le contrat de franchise. Cette expérience peut avoir été acquise dans cette même branche d'activité, mais pour la vente de produits concurrents, ou dans une entreprise normalement susceptible de vendre des articles de même type que ceux dont la distribution fait l'objet de l'accord de franchisage. Par exemple dans un accord de franchisage pour la distribution de pneus, batteries ou accessoires automobiles, la condition de l'expérience requise serait satisfaite si cette distribution était confiée à un entrepreneur de stations d'essence. Par contre, cette condition ne serait pas satisfaite s'il était attribué à ce même entrepreneur une franchise pour la location de camions.

Seconde condition : les parties doivent prévoir, de bonne foi, au moment du contrat, que ces ventes ne représenteront pas plus de 20 % du chiffre d'affaires calculé sur les prévisions de ventes du franchisé, dans un futur raisonnablement prévisible.

La Commission entend des parties qui invoquent cette exception qu'elles prennent en compte de bonne foi les ventes prévisionnelles du franchisé pour une période d'au moins un an après le début des opérations.

2° Locations.

Un détaillant indépendant peut vendre ses propres articles et produits dans un local loué à un autre détaillant, lui-même de plus grande envergure. Il utilise alors les magasins de cet autre détaillant. De tels arrangements interviennent dans des domaines tels que celui de la chaussure, la lunetterie, les tabacs, les cosmétiques et la bijouterie. L'exception, dans ce cas, est applicable dans la mesure où le détaillant indépendant n'est pas tenu d'acheter ses marchandises ou prestations auprès du détaillant qui lui loue ses locaux ou auprès de fournisseurs agréés par ce dernier.

3° Investissements minimaux.

Si la somme versée par le franchisé au franchiseur, avant ou pendant la période de six mois qui suit le début de l'activité de franchise, est inférieure à 500 dollars, la relation qui résulte de leur accord est exemptée des dispositions prévues par la loi. Cette exemption reflète bien la volonté de la Commission de démontrer que, dans une relation de franchisé à franchiseur, l'existence d'un risque financier important, assumé par le franchisé, est un élément constitutif nécessaire de la franchise. Un franchisé commence ses opérations de franchisage à partir du moment où il met en vente ses produits ou ses services. Un engagement qui serait contracté au cours des premiers six mois suivant le début de l'activité et qui entraînerait un paiement réalisable au-delà de ces six mois, n'aurait aucune incidence sur le forfait minimum de 500 dollars prévu. Il en serait ainsi, par exemple, d'un billet à ordre ou d'un versement à valoir sur une série de paiements à échéances (comme ceux prévus pour un bail).

4° Accords verbaux.

Sont également exemptée de l'application de la loi les relations purement orales pour lesquelles il n'existe aucune preuve écrite constatant les termes matériels de l'accord intervenu. Ceci permet d'éviter les problèmes que pourrait soulever l'absence de preuve au moment d'appliquer les dispositions de la loi. Cependant, la clause d'exemption n'interviendrait pas s'il existait un écrit quelconque, même dépourvu de signature, se rapportant à l'un des termes matériels de l'accord — tel qu'une facture de marchandises ou d'équipements.

5° Relations entre employeurs et employés et entre associés d'une société.

Les relations entre employeurs et employés et entre associés d'une société sont exclues du cadre des dispositions de la loi.

La Commission appliquera le traditionnel test du droit de contrôle pour conclure à l'existence effective d'une relation employeur-employé : elle examinera, par exemple, si telle somme d'argent, versée à telle personne, représente

la rémunération ou le salaire d'un travail effectué, si l'employé peut être démis de ses fonctions sans que la partie principale ait à supporter des dommages-intérêts, ou encore si l'employé est tenu d'investir une somme d'argent dans l'entreprise avant d'y être employé.

Pour qu'il y ait exclusion des dispositions de la loi, il faut que tous les partenaires d'une opération fassent partie d'une même société.

La Commission examinera de près ces contrats de travail ou de société, qui sont structurés de manière à déguiser leur vraie nature et à permettre à l'« employeur » (franchiseur) ou à l' « associé » d'échapper à ses responsabilités, au détriment de l'« employé » ou « associé » (franchisé).

6° Associations sous forme de coopératives.

Deux types d'associations sous forme de coopératives sont exclues du cadre des dispositions de la loi : les coopératives agricoles autorisées par l'acte Capper-Volstead et les chaînes de coopératives détenues et dirigées par des détaillants indépendants. Les membres de ces coopératives doivent être des détaillants indépendants. Leur organisation est conçue pour la fourniture de produits ou de services pour lesquels les membres sont prioritaires (6).

7° Tests et certificats.

La loi exclut du cadre de ses dispositions toute relation issue d'accords visant la vente de certificats ou permettant des tests, tels que ceux faisant l'objet des services offerts par certains laboratoires ou autres organisations similaires. La franchise implique une distribution de marchandises ou de services sur la base d'une sélection des points de vente, alors qu'au contraire, ces organisations qui offrent ces certificats, autorisent l'usage de leur marque à n'importe quelle partie qui satisferait à certaines normes et serait prête à payer les redevances demandées.

8° Licences simples.

La loi exclut du cadre de ses dispositions les accords autorisant un licencié simple à faire usage d'une marque. En sont exclus également les accords de licences *one-on-one*, c'est-à-dire ceux par lesquels la licence octroyée permet à un licencié simple de fabriquer des produits portant la marque du licencieur, en utilisant les spécifications de ce dernier. Ce genre d'accords est courant ; par exemple, dans l'industrie du vêtement, ou des propriétaires de marque octroient des licences à des fabricants de textiles. L'exclusion prévue par la loi concerne aussi les accords de licences pour produits annexes, c'est-à-dire les produits ayant en commun une même marque, mais étant de nature tout à fait différente. Ce procédé consiste à faire usage d'une marque bien connue dans une certaine gamme d'articles (par exemple une boisson) pour fabriquer, sous le couvert de son prestige, des articles de nature différente (des vêtements, articles de décoration, portant le logo de la boisson en question). Sont également exclus les

(6) Il s'agit là de sociétés coopératives particulières au droit américain. Le principe de la « base coopérative » se réfère aux statuts fédéraux de l'impôt sur le revenu (section 1381 du *Internal Revenue Code*). Cette appellation qualifie toute une multitude d'arrangements sous forme de coopératives.



accords de licence provisoire, issus de négociations faisant suite à la violation d'une marque, et par lesquels le licencieur déciderait de régler le litige, en permettant au contrevenant, par voie de licence provisoire, d'utiliser sa marque pendant une période donnée.

II

OBLIGATION D'INFORMATION

A. — *Les responsables de l'information*

Les responsables de l'information sont les franchiseurs et les courtiers en franchise.

Un franchiseur est une personne, physique ou morale, c'est-à-dire tout individu, groupement, association, société, ou autre entité associant des intérêts communs, qui participe à l'une des transactions visées par la loi (V. § I ci-dessus), en qualité de franchiseur ; c'est-à-dire une personne qui offre l'une des transactions décrites au § I.

Cette définition n'inclut pas un franchisé qui revend sa propre franchise, car le franchisé n'a pas, dans ce cas, le rôle de franchiseur.

Le courtier en franchise est défini comme une personne physique ou morale (tout individu, groupement, association, société, ou autre entité associant des intérêts communs), autre que le franchiseur ou le franchisé, qui vend, offre à la vente ou négocie la vente d'une franchise. L'organisateur ou le promoteur d'une foire commerciale, qui propose la vente de franchises ou offre des opportunités d'affaires, est un courtier en franchise dans le sens que lui confèrent les dispositions de la loi, puisqu'une telle personne organise, négocie des ventes de franchises.

Cette définition n'inclut pas les franchisés qui vendent leurs propres franchises. Par contre, un sous-franchiseur, autorisé à vendre des sous-franchises, sera un courtier en franchise dans le sens où l'entend la loi.

La loi soumet à cette même obligation de révélation le franchiseur et le courtier en franchise. L'un ou l'autre peut satisfaire à l'exigence de l'information, telle que précisée aux différents paragraphes de la loi, en fournissant les documents d'information qui y sont décrits. Les exigences contenues dans les dispositions de la loi s'appliquent aussi bien au franchiseur qu'au courtier en franchise. Cependant, dans une relation franchiseur — courtier en franchise, l'application de ces exigences par l'une des deux parties peut tenir lieu de ces mêmes exigences par l'autre partie.

Certains franchiseurs permettent à leurs franchisés d'accorder des sous-franchises. Les accords de ce genre comportent une gamme de possibilités qui va du cas dans lequel le sous-franchiseur se contente de passer les consignes transmises par le franchiseur jusqu'au cas où le sous-franchiseur agit avec autonomie, le rôle du franchiseur d'origine se limitant alors à approuver les sélections du sous-franchiseur. La nécessité de communiquer des informations au sujet du franchiseur sera d'autant plus grande que le rôle de ce dernier sera plus important.

Lorsque des sous-franchiseurs sous-traitent eux-mêmes, s'il appartient alors au franchiseur et au sous-franchiseur de décider librement, entre eux, lequel des deux assumera la responsabilité de la diffusion de l'information obligatoire. Tous les deux sont conjointement et solidairement responsables du respect de la

loi. Ils sont responsables de toute violation qui serait faite à une ou plusieurs dispositions de la loi par l'une ou l'autre des parties. Il faut que les parties, en préparant les documents d'information exigés, aient présent à l'esprit, l'objectif de la loi, c'est-à-dire de fournir une information complète, précise et bien fondée. Les parties sont conjointement responsables de cette information. Selon les cas, parmi les vingt catégories d'informations requises dans le dossier d'information, certaines, pour être complètes et précises, devront être établies par le sous-franchiseur, plutôt que par le franchiseur, ou inversement, ou, parfois, par les deux réunis. Mais, la détermination de la partie à laquelle devra incomber l'établissement des documents d'information, sera fonction du type de l'accord de sous-franchisage passé entre le franchiseur et le sous-franchiseur, ou (Master franchisé).

En règle générale, la Commission suppose que les catégories 1 à 5 et la (7) catégorie 20 devraient contenir des informations procurées par les deux parties, tandis que la catégorie 16 devrait incomber au sous-franchiseur, dans tous les cas, avec, dans l'hypothèse où les statistiques du franchiseur différeraient de celles établies par le sous-franchiseur, la participation du franchiseur. Enfin, pour alléger le nombre de déclarations financières certifiées, la Commission permettra l'utilisation de déclarations financières certifiées établies par le franchiseur, sans y ajouter de rapport par le sous-franchiseur, si le franchiseur garantit, de façon irrévocable et absolue, la réalisation des obligations dûes par le sous-franchiseur au franchisé, nées de l'accord passé entre ces deux parties. Un sous-franchiseur peut, s'il le désire, joindre ses propres déclarations financières à celles du franchiseur.

B. — *Les bénéficiaires de l'information*

Les informations doivent être communiquées aux candidats franchisés et, dans certaines circonstances, aux franchisés déjà existants et désireux de renouveler ou d'étendre leurs accords de franchisage. La section 436-2 *e*) de la loi définit une candidat franchisé comme toute personne (représentant, agent ou employé de cette personne), qui entre en contact ou est contacté par un franchiseur, ou un courtier en franchise (ou un de leurs représentants, agents ou employés), dans le but de discuter l'établissement possible d'un accord de franchise impliquant cette personne. Néanmoins, le franchisé n'est pas d'office en droit de recevoir des informations jusqu'au moment prévu à cet effet par la loi. Ce moment sera indiqué au § III ci-dessous.

L'information n'est pas obligatoire en ce qui concerne les franchisés qui, en vertu de leur accord de franchise, exercent le droit de développer leur activité pour leur propre compte (par opposition à ceux qui vendent à d'autres personnes), ainsi que les franchisés qui décident de renouveler ou d'étendre leur accord de franchise, à moins que les termes du renouvellement diffèrent sensiblement de ceux de l'accord initial. Ici, la Commission formera son jugement, en fonction du degré d'influence qu'auraient ces informations sur la prise de décision des franchisés.

Une personne faisant l'acquisition d'une franchise directement auprès d'un franchisé, sans avoir pour cela de véritables contacts avec le franchiseur, ne serait pas considérée comme un candidat franchisé. Le simple fait que le franchiseur détienne le pouvoir d'approuver ou de désapprouver l'identité de l'acheteur, n'a aucun effet direct sur l'appartenance de ce dernier à la catégorie des candidats franchisés, sauf si le rôle du franchiseur dans la vente prenait, par ailleurs, une certaine importance. Les franchiseurs et les courtiers en franchise ne doivent divulguer les documents d'information qu'aux candidats franchisés.

(7) Cette nomenclature correspond aux 20 divulgations prévues par la loi : cf. article « Le Droit de la franchise aujourd'hui », *Cahiers du droit de l'entreprise*, n° 4, 1981.



III

MOMENT DE LA DIVULGATION

A. — *Le dossier d'information (basic disclosure document)*

Le document d'information de base doit être fourni au candidat franchisé lors de la première rencontre personnelle, ou au moment prescrit par la loi.

Le terme « rencontre personnelle » est défini comme un face à face entre le franchisé candidat et le franchiseur ou le courtier en franchise (ou leurs représentants), rencontre qui interviendrait dans le but de discuter de la vente ou de la vente possible d'une franchise. Par définition, une rencontre personnelle exclut les communications téléphoniques ou par voie postale. Même dans le cas de rencontre face à face, il ne s'agit pas nécessairement de ce qui est considéré comme la première rencontre personnelle, au sens où l'étend la loi. La Commission prendra en considération certains facteurs qui constitueront les conditions de cette première rencontre personnelle. Par exemple, que le franchiseur indique clairement, à l'issue d'une discussion, qu'il n'était pas disposé à discuter la vente d'une franchise au moment de la réunion ; ou que la rencontre ait été provoquée à l'initiative du candidat franchisé plutôt qu'à celle du franchiseur, que la réunion se soit bornée à une discussion brève et générale ou encore que des questions de gains aient été soulevées ou non, tous ces éléments constituent autant de facteurs dont la Commission tiendra compte. Celle-ci pense qu'en prenant certaines précautions, il serait possible au franchiseur de différer la première rencontre personnelle jusqu'à une date où ils seraient en mesure de fournir tous les documents d'informations requis.

Quant au « moment prescrit par la loi », il est défini au § 436-2-*g*) de la loi comme devant avoir lieu dix jours ouvrables avant la mise en application par le candidat franchisé de tout accord de franchise, ou tout autre accord, par lequel il se verrait imposer une obligation légale dont le franchiseur, ou le courtier en franchise, ou l'un de leurs agents, aurait ou devrait avoir connaissance dans le cadre de la vente d'une franchise ; ou tout paiement par un candidat franchisé pour quelque cause que ce soit, dont le franchiseur, ou le courtier en franchise, ou l'un de leurs agents, aurait ou devrait avoir connaissance dans le cadre de la vente de la franchise proposée. Ce paiement ne constituant pas un montant que le candidat franchisé déciderait, de sa propre initiative, d'investir dans le but de financer une investigation sur l'achat proposé, comme, par exemple, les honoraires d'un avocat ou la réalisation d'une étude de marché. Le terme « jours ouvrables » n'inclut pas les samedis, dimanches ou jours fériés officiels.

B. — *Le dossier financier*

Ce document, s'il est demandé, est fourni au candidat franchisé dès la première rencontre personnelle au cours de laquelle il est demandé, ou bien dès que la demande en a été faite, ou au « moment prescrit par la loi ». Un dossier financier exclusivement prévu pour les mass-media (§ 436-1-*e*) de la loi) doit être communiqué au candidat au même moment que le dossier d'information, c'est-à-dire au moment de la première rencontre personnelle ou au moment prescrit par la loi à cet effet.

C. — *Autres informations*

Copie du contrat type de franchise et tous accords s'y rapportant (baux, bons de commande, etc.) doivent être communiqués au candidat franchisé en même temps que le dossier d'information (8). De plus, copie du contrat de franchise définitif (et tous accords qui s'y rapportent) doit être délivrée au candidat au moins cinq jours ouvrables avant le jour où les accords doivent entrer en vigueur. Il n'est pas nécessaire de communiquer, dans ce délai de cinq jours, une copie révisée de l'accord définitif si des révisions mineures y sont apportées à la demande du franchisé et bénéficient substantiellement à ce dernier, en n'avantageant que de façon minime le franchiseur, ou si ces révisions ne portent que sur des erreurs ou des omissions d'ordre purement typographique.

D. — *Mise à jour de l'information*

Pour que les informations qu'ils contiennent soient précises et actuelles, il est essentiel que les documents d'information soient régulièrement tenus à jour. Le document d'information de base doit être à jour avec l'année fiscale la plus récente. Lors de la clôture de celle-ci, le franchiseur dispose de 90 jours pour préparer un dossier d'information de base révisé et le communiquer au candidat franchisé. Par ailleurs, la marge maximun de mise à jour est d'un trimestre à partir de la date de tout changement matériel survenu dans les informations contenues dans le dossier. La mise à jour peut être jointe au document d'information de base, sous la forme d'un appendice. Le dossier financier doit être à jour au moment où la demande de ces documents est faite. Enfin, en plus de ces exigences, les candidats franchisés doivent être renseignés sur tout changement relatif au dossier financier avant qu'ils ne signent leur accord de franchise.

IV

SANCTION DU NON-RESPECT DE LA LOI

Seront considérés comme des infractions et comme des pratiques déloyales et mensongères au sens de l'article 5 du décret de la F. T. C., les actes ou pratiques commis par les franchiseurs ou courtiers en franchise, décrits ci-dessous :

1) La non-conformité du dossier d'information fourni aux candidats franchisés, avec les normes et les délais établis par la loi (§ 436-1-*a*).

(8) Cf. Olivier Gast et Martin Mendelsohn, *Comment négocier une franchise, Edition du Moniteur Entreprise.*

2) Les allégations à propos de ventes potentielles ou réelles, de revenus ou de profits concernant les franchises existantes ou en perspective, sous des formes différentes et à des moments différents de ceux de celles prescrits par la loi. Il en va de même pour le dossier financier (§ 436-1-*b*)-(*e*).

3) Les propositions ou les déclarations faites au cours d'entretiens avec des franchisés qui seraient incompatibles avec les informations contenues dans les documents prévus par la loi (§ 436-1-*g*).

4) La non-application de l'obligation de procurer aux candidats franchisés, dans les délais impartis par la loi, copie des formulaires et contrats de franchise, et copie des accords définitifs devant être signés par les parties (§ 436-1-*g*).

5) La non-restitution aux candidats franchisés de tous fonds et de tous dépôts précisés comme étant remboursables aux termes du dossier d'information (§ 436-1-*h*).

Les contrevenants à toutes ces dispositions sont passibles d'actions intentées par la Commission, dont les pénalités pourraient aller jusqu'à 10 000 dollars par infraction. De plus, la Commission pourra intenter une action en dommages-intérêts auprès des tribunaux fédéraux ou de tout autre tribunal, en faveur des franchisés.

La Commission pense que les tribunaux devront considérer que toute personne subissant un préjudice relatif à une violation de la loi, dispose d'un droit et d'une action à l'encontre du contrevenant, en vertu de l'acte de la F. T. C., amendé, et de la loi. L'existence d'un tel droit est nécessaire pour protéger la catégorie de personnes au bénéfice desquelles ces statuts ont été mis en vigueur par la loi. Cette mesure est conforme à l'esprit de l'acte de la F. T. C., amendé, tel que voté par le Congrès. Elle est appropriée au plan d'exécution établi par le Congrès dans cet acte.

CONCLUSION

Le *franchising* est un état d'esprit, et une « nouvelle approche des relations humaines dans la petite et moyenne entreprise ».

C'est une véritable révolution : chaque franchisé est indépendant, mais dans l'interdépendance (respect de la marque, du savoir-faire, de l'ingénierie, du produit ...).

Au système hiérarchique classique du droit du travail, se substitue un système horizontal entre partenaires. Beaucoup de franchisés actuels sont des cadres au chômage qui, disposant de 200 à 300 000 francs, ont préféré monter leur propre entreprise. Précisément, le fait de vouloir créer son entreprise correspond à une motivation de l'économie actuelle, et la connaissance de cette loi américaine (9) pourra éclairer tous les professionnels et les spécialistes sur la façon la plus efficace de protéger précisément ce petit investisseur si important pour la franchise, et pour tout le commerce moderne rénové. On remarquera au passage, combien les lois applicables aux U. S. A., dans le domaine commercial, sont facilement préventives, contrairement à notre dispositif législatif traditionnel français.

(9) Le texte intégral de la loi américaine est en vente chez l'auteur (prix 300 F H.T.).